

A falta de condições de procedibilidade para a acção penal e verdadeiras “decisões-surpresa”: interrogações e proposta de *iure condendo*^[1]

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
e da Universidade Europeia (Lisboa)

[1] Agradecemos, penhoradamente, os comentários e observações muito úteis que o Sr. Dr. RUI CARDOSO, Procurador da República, docente do CEJ e ilustre Director desta Revista teve a amabilidade de nos fazer chegar e que em muito enriqueceram o texto, sem que, naturalmente, o caminho proposto e os aspectos menos bem conseguidos deste trabalho a ele de todo o vinculem.

I. Delimitação do problema. II. O sentido do pressuposto processual da legitimidade do MP para a acção penal. III. Os esforços da jurisprudência. IV. Esboço de uma proposta de *iure condendo*. V. Antecipação de possíveis críticas e tentativa de resposta.

I. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Sucedem várias vezes, na prática judiciária, que, em sede de audiência de discussão e julgamento (embora tal possa também suceder em fase instrutória – cf. artigo 303.º do Código de Processo Penal^[2]), se conclui pela existência de uma alteração da qualificação jurídica

[2] Doravante, qualquer referência a uma norma legal sem indicação do diploma do qual promana, deve entender-se por feita para o Código de Processo Penal. Como se sabe, o artigo 303.º contém, para a fase da instrução, uma disciplina própria para a alteração da qualificação jurídica (resultante da conjugação do n.º 5 com o n.º 1), que é a mesma para a alteração não substan-

cial dos factos (n.º 1) em julgamento. Havendo alteração substancial dos factos, os n.ºs 3 e 4 aproximam a solução consagrada do regime do artigo 359.º, sendo de particular acuidade a noção de “factos autonomizáveis”, o que entronca na questão do objecto do processo que o artigo 1.º, al. f) apenas trata de modo expedito na sua segunda parte, uma vez que aquilo que constitui

“crime diverso” continua a apontar para todas as teorias que a doutrina e a jurisprudência vêm trabalhando e que, em extremo resumo, contêm com as relações de mais e de menos intercedentes entre os tipos legais de delito, ou seja, com a magna questão de saber se existe concurso efectivo de crimes ou mero concurso de normas.

ou de uma alteração dos factos (substancial^[3] ou não)^[4] – cf. artigos 358.º^[5] e 359.º Estamos em face da manifestação da plasticidade do objecto processual que, apesar de fixado na acusação ou no despacho de pronúncia, somente conhece os seus termos definitivos com o encerramento em 1.ª instância da audiência de julgamento, a que se segue o esgotamento do poder jurisdicional. Naturalmente que, por contender – ou ao menos em abstracto *poder contender* – com as garantias de defesa do arguido, visando-se evitar “decisões-surpresa”, o legislador rodeia cada um dos institutos de particulares cuidados, cada vez mais crescentes a partir da mudança da qualificação jurídica, da alteração não substancial dos factos, até à sua alteração substancial.

Pretende-se com este breve escrito reflectir sobre as hipóteses em que, quando tal sucede, falece legitimidade ao Ministério Público (MP) para o prosseguimento da acção penal, o que conduz à absolvição do arguido ou arguidos pela verificação da falta de um pressuposto processual^[6]. Para melhor compreensão, figure-se

[3] Sobre o tema, *vide*, entre outros, JOSÉ MANUEL CRUZ BUCHO, «Alteração substancial dos factos em processo penal», in: *Julgar*, 9 (2009), p. 43-71.

[4] Sobre a destrição entre as figuras, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 255-263. Veja-se, ainda, a já clássica obra de FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1992, bem como, em data mais recente, IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2013.

[5] Como se sabe, apesar de orientação jurisprudencial dominante em sentido oposto, inclusive vazada em assento,

a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, dando eco a alguns sectores doutrinários – e bem, a nosso ver – consagrou uma equiparação de tratamento prático-normativo entre a alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia e a alteração da qualificação jurídica, no que é um cumprimento mais perfeito da estrutura acusatória do nosso processo e dos direitos de defesa do artigo 32.º, n.º 1 da CRP. Aliás, em linha com o § 265 (*Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage*) da *Strafprozeßordnung* – StPO: Código de Processo Penal alemão. Entre tantas decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal germânico), veja-se a BGH 4 StR 178/17, de 1 de Agosto de 2017, em que aquele Tribunal – como se entende cá – faz expressa menção à

necessidade da indicação aplicativa de uma pena acessória como garantia do conteúdo de defesa em sede de alteração da qualificação jurídica (decisão consultável em HRRS (*Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank*), 2017, n.º 884).

[6] A título ilustrativo, porque recente, veja-se o ac. do TRP de 24/2/2016, Proc. n.º 1190/14.0GAMAI.PI, EDUARDA LOBO (disponível em <http://www.dgsi.pt>, acedido em Setembro de 2018. Todos os arestos citados foram consultados no mesmo sítio e data), em cujo sumário se lê: «I. A degradação da acusação por crime de violência doméstica cometido por meio de ofensas à integridade física, em crime de ofensa à integridade física, não carece de prévia comunicação ao

o comum exemplo de uma acusação ou pronúncia pelo crime p. e p. pelo artigo 152.º do Código Penal (CP) e que, em sede de julgamento, mantendo os mesmos factos, leva à conclusão de terem sido praticados outros tipos legais que, amiúde, se encontram em concurso aparente com aquele, tais como a ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do CP) ou a injúria (artigo 181.º do CP). Compulsados os autos, verifica-se que o ofendido não exerceu tempestivamente (artigo 115.º, n.º 1 do CP) o direito de queixa, tratando-se de crimes semi-públicos ou particulares em sentido estrito (no que se exige, para além da queixa, a constituição como assistente e a dedução de acusação particular – cf. artigos 48.º a 50.º). Em função do regime vigente e da interpretação jurisprudencial que bem aplica os enunciados normativos, inexistente regularidade de constituição da instância jurídico-criminal, a qual se terá de manter até ao trânsito em julgado da decisão. Donde, ainda que suficientemente provados os factos com a certeza exigível em julgamento (artigo 355.º), nada mais restará que proferir uma decisão que, na prática, acaba por ser de pura forma.

Por falta de um pressuposto processual – e tão-só por esse motivo –, o arguido “vai em paz” e os tribunais ficam de consciência tranquila perante um legislador que, mais do que a matéria, neste particular, surge mais interessado na *forma*. Óbvio é que, em

arguido nos termos do artigo 358.º, 1 e 3 CP. II. *Nestas circunstâncias há que apurar se se verificam quanto a esses crimes as necessárias condições objectivas de procedibilidade, nomeadamente quanto ao exercício tempestivo do direito de queixa.*» (nossos itálicos). Quanto à primeira questão abordada no sumário, trata-se de matéria controvertida, afastada do presente estudo. Porém, em extrema súmula, diga-se que divergimos desta posição, por entendermos que a contrária é a que mais corresponde ao sentido

do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, para além de melhor se conformar com a noção do que é uma alteração da qualificação jurídica, não sendo exigível ao arguido – mesmo que necessariamente representado por defensor – que conheça e deva contar com as várias relações de concurso aparente intercedentes entre tipos legais, ainda por cima tratando-se – como se trata – de uma das mais excruciantes questões dogmáticas. No sentido que temos por correcto, p. ex., veja-se o ac. do TRE de 19/2/2013, Proc.

n.º 1027/11.2PCSTB.EI (PROENÇA DA COSTA), com o seguinte sumário: «É nula a sentença que, sem prévia comunicação ao arguido, exigida pelo artigo 358.º do CPP, procede à alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na acusação, condenando-o pela prática de um crime de integridade física, p. e p. pelo artigo 143.º, n.º 1 do Código Penal, quando a acusação lhe tinha imputado a prática de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do mesmo diploma legal.».

qualquer processo, e em especial no criminal, a verdade não interessa a qualquer custo, mas desde que *secundum legem*. A questão que nos inquieta é a de saber se, embora indiscutível *de iure condito*, a solução não merece uma reflexão *de iure condendo*, com inevitável alteração legislativa, analisando até que ponto tal mudança é ou não compatível com o modelo processual^[7] constitucionalmente gizado (artigo 32.º, n.º 5) e com os princípios basilares do Direito Penal adjetivo. Os nossos Tribunais, num saudável exercício hermenêutico, vão já tentando ultrapassar, por vezes sem lei expressa nesse sentido, o problema que vimos de expor, mas sempre num certo “limbo” que, em nosso juízo, só se ultrapassa, por razões de certeza e segurança jurídicas, com uma efectiva intervenção do legislador. Daremos nota desse louvável esforço jurisprudencial.

É então esta a temática sobre a qual versarão as seguintes páginas.

II. O SENTIDO DO PRESSUPOSTO PROCESSUAL DA LEGITIMIDADE DO MP PARA A ACÇÃO PENAL

O princípio da oficialidade (atinente à promoção ou iniciativa processual^[8]) distingue quatro categorias de delitos: públicos, semi-públicos, particulares *stricto sensu* e públicos atípicos (de muito reduzida expressão e que, ao menos no CP, se circunscrevem somente ao delito de ofensa à honra do Presidente da República –

[7] De grande importância, ainda, o escrito de MIRJAN DAMAŠKA, *The faces of justice and State authority*, New Haven: Yale University Press, 1986, *passim*, em esp., p. 98, ss., bem como, do mesmo autor, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna: Il Mulino, 2002, concluindo pela cada vez maior interpenetração entre os modelos ditos “tradicionais”, de tal modo que, entre nós, p. ex., PAULO

DE SOUSA MENDES (*Lições de Direito Processual Penal*, 4.ª reimp. da ed. de 2013, Coimbra: Almedina, 2017, p. 32) e FREDERICO DA COSTA PINTO (*Direito Processual Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 38) designam o modelo português, ao lado do alemão, p. ex., como «modelo misto».

[8] Cientes da existência, entre nós e nos ordenamentos jurídicos que nos

são mais próximos, de diferentes classificações principiológicas, aderimos, no essencial, ao pensamento de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (*Direito Processual Penal*, Lições coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra: FDUC, 1988/9, p. 81, ss.) e de MARIA JOÃO ANTUNES (*Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 60, ss.).

artigo 328.º, n.º 3 do CP^[9]), com base em opções de política criminal, de respeito pela vontade do portador do bem jurídico e de uma distinta axiologia de tais interesses relevantes para o nosso ramo de Direito, imperativamente com referentes na Lei Fundamental, partindo de uma asserção pragmática segundo a qual, mesmo que fundamentais, os bens jurídico-penalmente relevantes estão sujeitos a uma hierarquia.

Para além destas razões, no eterno jogo de concordância prática em que se traduz todo o Processo Penal, *rectius*, toda a *gesamte Strafrechtswissenschaft*, foram também valorados pelo legislador os interesses dignos de protecção jurídica dos próprios agentes de delitos. Sabe-se que não é proporcional (artigo 18.º, n.º 2 da CRP) que quem perpetrar um ilícito possa estar *ad eternum* à espera de saber se vai ou não enfrentar o sistema penal, como o demonstram institutos como a prescrição do procedimento criminal, *inter alia*, e a positivação de um prazo de caducidade para a apresentação da queixa (o já visto artigo 115.º, n.º 1 do CP). Tratam-se certamente de direitos que se inscrevem no quadro protector do artigo 32.º, n.º 1 do Diploma Básico e que se traduzem em uma das predicacões do *modelo de estrutura basicamente acusatória* que, desde o vigente CPP, é aquele que se aplica entre nós. Ora, as dúvidas começam aqui. Não terá o legislador pátrio ido longe demais na concatenação do princípio da oficialidade e das suas exigências com o carácter por natureza fluído, de fronteiras muitas vezes indefinidas, do objecto do processo, em sede de audiência de julgamento, mas que se poderá colocar também nas fases anteriores?

[9] Sem prejuízo de já nos termos pronunciado, exactamente no que à violência doméstica diz respeito, pelas vantagens político-criminais e victimológicas de o configurar, ao invés de crime público, como o é desde a Lei n.º 7/2000, de 27 de Maio (tendo-o sido logo na vigência da redacção originária de 1982 do CP, passando a semi-público

em 1995, depois a semi-público condicionado, em 1998), como um *delito público atípico*, na medida em que qualquer pessoa o poderia denunciar, em nada bulindo com a máxima amplitude na aquisição da *notitia criminis*, com particular relevo neste tipo de criminalidade, mas admitindo que o ofendido, até à prolação da acusação, pudesse

desistir de queixa, verificado que fosse, pelo magistrado do MP, eventualmente assessorado por técnicos como psiquiatras ou psicólogos, que tal desistência seria livre, séria e esclarecida – cf. o nosso «A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia», in: *Julgar*, 12 (2010), p. 52-58.

Voltando ao exemplo da violência doméstica, imagine-se que a notícia do crime se efectivou mediante denúncia (obrigatória, configure-se, do artigo 242.º), não concorrendo o ofendido, de qualquer modo, no sentido de manifestar – porque não tinha de o fazer – qualquer vontade na prossecução criminal do suspeito, depois arguido. Continue a figurar-se que, não obstante, o ofendido colaborou activamente com o MP e os órgãos de polícia criminal em sede de inquérito e que, uma vez notificado da acusação pública, deduziu o competente pedido indemnizatório (artigos 75.º, n.º 2 e 77.º, n.º 2). O arguido não requereu a abertura de instrução e o processo seguiu para julgamento, com o saneamento, notificações para efeitos dos artigos 313.º e 315.º e marcação das datas de audiência de julgamento. Em sede de prova aí produzida, o juiz entendeu que os factos indiciavam não um crime do artigo 152.º do CP – para tal bastando, p. ex., que entenda não serem esses factos suficientes para ofenderem o bem jurídico do asseguramento das condições para o desenvolvimento da liberdade e autonomia pessoais do ofendido^[10] –, mas um concurso efectivo entre os artigos 143.º e 181.º do mesmo diploma. Comunicada regularmente a alteração da qualificação jurídica, verifica-se a já assinalada falta de pressupostos de procedibilidade quanto a estes dois últimos ilícitos. E isto, repare-se, não por via de qualquer incúria do ofendido, mas pela convicção em si formada – legitimamente, até porque sancionada por acusação do MP^[11] – de que os indícios suficientemente carregados para os autos configuravam um delito público.

[10] Bem jurídico que já identificámos, quanto ao artigo 152.º do CP, no nosso «A violência relacional íntima...», p. 48-51, onde se encontra a discussão em torno do interesse tutelado. Verificamos que, crescentemente, sobretudo após a reforma de 2007, a jurisprudência vem aderindo cada vez mais a esta concepção. *Inter alia*, cf. o ac. do STJ de

23/6/2016, Proc. n.º 125/15,8PHSNT.SI (ARMINDO MONTEIRO), o ac. do TRP de 27/6/2018, Proc. n.º 82/17.6GAALB.PI (MARIA MANUELA PAUPÉRIO), ou o ac. do TRL de 23/4/2015, Proc. n.º 469/13,3PBAMD.LI-9 (JOÃO ABRUNHOSA DE CARVALHO).

[11] Desde que desacompanhada pela acusação do ofendido que, no prazo legal do artigo 68.º se constituíra assistente (artigo 284.º), na medida em que aí, por definição, já não faleceria qualquer pressuposto processual.

Sabe-se que, entre muitas concepções defendidas, o processo penal visa a resolução de conflitos de natureza criminal, buscando a verdade intraprocessual e, com isto, a pacificação societária. Pergunta-se: a aplicação do regime actualmente vigente responde a estes fins? Cremos bem que, em hipóteses como a apresentada, tal não sucede, em especial a partir do momento em que se tenha do objecto processual uma concepção dinâmica – como nos parece ser a única admissível – e em que dados “pedaços de vida” (usando a feliz expressão de FIGUEIREDO DIAS) podem ser enquadrados – mesmo sem alteração da factualidade constante das peças processuais em que se fixam o *thema decidendum* e o *thema probandum*, mas somente do seu *nomen iuris* – a uma outra luz, estando o tribunal convencido que o arguido cometeu o delito, mas não o podendo condenar por faltar uma condição de procedibilidade.

Do mesmo passo, o regime da alteração dos factos pode convocar o mesmo problema. Note-se que o legislador admitiu, por razões de economia processual e no sentido de cumprir as finalidades do processo criminal, que, resultando do julgamento (ou da instrução) uma mutação substancial ou não dos factos (artigo 1.º, alínea f)), os autos não regressem às fases preliminares, mas permaneçam no momento processual em que se encontram, cumpridas as exigências das garantias de defesa devidamente asseguradas pelos artigos 358.º e 359.º Daqui retira-se, sem sombra para dúvidas, que foi *intentio legis* operar a concordância entre os interesses do arguido e os da realização da justiça criminal, a que também não são alheios os do ofendido. Neste ponto, clarifique-se desde já que não patrocínamos qualquer visão de que o ofendido é titular de um direito subjectivo ao sancionamento do agente, mas de uma expectativa juridicamente protegida condicionada, *i. e.*, se e na medida em que os factos analisados nos termos do artigo 355.º se afirmem ou se infirmem. Mas este aspecto deve ser sublinhado a traço grosso, desde a ultrapassagem de uma redutora concepção de

um processo criminal “binomial” arguido-Estado para um outro “trinomial” arguido-Estado-ofendido, como o vêm comprovando os movimentos de há décadas de valorizar-se a participação deste último no *procedere* penal, de que as orientações de organizações internacionais como a União Europeia e o Conselho da Europa são os exemplos mais perfeitos. Mesmo em todos os fóruns de discussão de matérias atinentes ao nosso ramo de Direito tais princípios têm sido assinalados com vigor, como sucede, p. ex., com a Associação Internacional de Direito Penal. Donde, não pode o modelo processual criminal português ficar à margem destas bem fundadas preocupações político-criminais, tanto mais que, como se sabe, estamos dotados da figura do assistente que, no concerto dos demais ordenamentos que nos são próximos, consagra um conjunto de direitos que ainda não vai neles encontrando paralelo.

Numa palavra, não se pode obtemperar à preocupação que exprimimos um conceito monolítico e absolutamente inflexível das garantias do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, no sentido em que elas se encontram sempre numa *relatio* de tensão dialéctica com as demais finalidades processuais. Breve, mesmo em modelos de estrutura de base acusatória como o nosso, esses direitos são *funcionalizados* em direcção aos desideratos últimos a que este ramo do Direito deve aspirar^[12]. Com esta caracterização não existe qualquer perigo – julgamos – de perda inaceitável num Estado de Direito democrático do que devem ser os direitos de quem se acha dotado da presunção de inocência do artigo 32.º, n.º 2 da Lei Fundamental, visto que esta *funcionalização* a que aludimos, sendo orientada, como se referiu, para as finalidades processuais, de entre elas consta exactamente o asseguramento dos direitos do arguido, ponto é que estes não são o único fim do Direito

[12] Para uma análise do conceito de funcionalista luhmanniano e sua influência no Direito Criminal, adop-

tando uma perspectiva crítica que patrocinamos em absoluto, por todos, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA

COSTA, O *funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*, Coimbra: Almedina, 2018.

Processual Penal, tendo de comunicar com os demais, cedendo nuns pontos e afirmando-se em todo o seu esplendor em outros. É esta a visão – em esboço – que temos dos direitos de defesa do arguido e que nos permite, desde já, uma primeira nota quanto a críticas que certamente merecerão a proposta que *infra* avançaremos.

Por outra banda, bom é de ver que o tema convoca o sentido último das condições de procedibilidade da acção penal. Elas servem como forma de disciplinar a tramitação processual, impedindo que a mesma seja excessivamente morosa – com o que se vulneraria a existência de uma decisão “em prazo razoável” (artigo 20.º, n.º 4 da CRP) –, para além de acautelar os interesses já identificados do arguido e do ofendido. Ora, temos para nós que, conduzindo-se as fases anteriores ao julgamento num sentido inequívoco de que estaríamos em face de um delito público – voltando ao exemplo que nos tem servido de bússola –, é manifestamente desproporcionado (e por isso questionável à luz do artigo 18.º, n.º 2 da CRP) que se negue a pacificação social e a descoberta da verdade apenas e tão-só em obediência a uma visão *exasperadamente formalista* de um pressuposto processual. Dito de outro modo: é nossa convicção que as finalidades de qualquer processo e, em última instância, do próprio sancionamento criminal (artigo 40.º, n.º 1 do CP) exigiriam um outro equilíbrio que não se achasse tão desequilibrado – o pleonismo é propositado – em desfavor do ofendido. E, note-se, existe um *continuum* entre as finalidades das reacções criminais e do processo penal, uma vez que este é o “braço prático” do primeiro, motivo pelo qual o húmus constitutivo deverá partir dos mesmos pressupostos. Não existe protecção de bens jurídicos e reintegração do agente sem um ramo de Direito adjectivo que se não oriente para a descoberta da verdade processualmente válida – que não tem necessariamente de corresponder à “verdade histórica”, tantas vezes impossível de atingir, como se se tratasse do númeno kantiano –, no respeito pelos direitos do arguido e orientada para a

pacificação societária. Deveria, por isso, em nosso juízo, em hipóteses deste jaez, admitir-se uma *forma de sanção* da falta da condição de procedibilidade.

E isto ainda usando um lugar paralelo com o processo civil. O actual Código (CPC) de 2013 – aliás na sequência do que foi já a reforma de 1995/1996 – substitui uma *visão procedimentalista e excessivamente formalista* por uma outra que, a todo o custo, com um juiz *até porventura demasiado assistencialista* tendo em conta os interesses (*em regra* disponíveis) tratados em Direito Civil e Direito Comercial, *prefere o mérito à forma*, obviando ao máximo as “decisões na secretaria”. São inúmeros os dispositivos em que tal se consagra, bastando ler a exposição de motivos da Lei (n.º 41/2013, de 26 de Junho) que aprova o novo CPC para concluir neste sentido (para já não falar nos trabalhos preparatórios da comissão redactora e das discussões havidas na Assembleia da República sobre a matéria) – cf., *inter alia*, os artigos 3.º, n.º 3, e 6.º, n.º 2, ambos do CPC. Se é assim em processo civil, *por maioria de razão* – cremos – deveria suceder no processo penal, desde logo por estarem em causa – como regra – bens jurídicos de valia acrescida na axiologia constitucional. Por outro lado, de um prisma criminológico, a solução obtida apenas contribui para o descrédito da administração da Justiça ao nível do ofendido e, por consequência, de toda a comunidade organizada em Estado. A mensagem que se passa é a seguinte: estamos convictos, pela prova produzida em julgamento, que o agente cometeu um ou mais delitos, mas como não é exactamente aquele que se encontrava imputado na acusação ou pronúncia, mas outro ou outros, e o ofendido – porque sempre teve sinais do sistema de que tal não era necessário – não apresentou, em tempo, a queixa ou, para além dela, não desenvolveu os ulteriores actos processuais (tratando-se de um crime particular em sentido estrito), não podemos condenar o dito arguido. Nem se diga tão-pouco que sempre se trataria de um ónus impendente sobre o ofendido, uma vez que, não sendo a queixa ou os demais trâmites, nos crimes públicos,

exigidos legalmente, sempre se poderia argumentar que, ao fazê-lo, esse mesmo ofendido estaria a incorrer na *prática de um acto processual inútil*, vedado pela principiologia, na modalidade de economia processual^[13]. Não se pode exigir ao ofendido que configure todas as soluções jurídicas possíveis para o mero fazer chegar ao conhecimento da autoridade judiciária encarregada da investigação todas as vicissitudes jurídicas e factuais.

Temos por incompreensível esta mensagem, para além de violadora das finalidades que se assinalam a qualquer processo penal e que, por rectas contas, como visto, se dirigem, havendo condenação, aos próprios fins das reacções criminais. Problema diverso, mas conexo com este, consiste em saber se o regime actualmente vigente viola princípios e regras constitucionais. A nossa resposta é negativa. Configurar uma *visão mais rigorista e formalista* dos pressupostos processuais, ou uma que – não quebrando embora os fins essenciais que lhe subjazem – dos mesmos comporta uma *leitura mais material e orientada para a efectiva realização da Justiça*, é matéria que ainda cabe dentro da margem de discricionariedade que o Tribunal Constitucional vai reconhecendo ao legislador ordinário^[14]. A questão não é, pois, de vulneração da Lei Fundamental, mas de saber se a compatibilização já aludida não poderia ser alcançada de uma outra maneira, partindo do para nós verdadeiro axioma de que, *maxime*

[13] Como bem se afirma no ac. do STJ de 12/3/2009, Proc. n.º 08P3168 (ARMÉNIO SOTTOMAYOR), esta proibição da prática de actos inúteis aplica-se ao processo penal por via do artigo 4.º, que importa a solução expressa do então artigo 137.º do CPC (hoje, artigo 130.º), a qual, de resto, encontra afloramentos no artigo 311.º, ao admitir que o juiz rejeite acusação ou pronúncia manifestamente infundada e no artigo 420.º, ao prever a rejeição de recurso manifestamente improcedente.

[14] É inabarcável a jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria em texto, bastando recordar a relativa liberdade que vai sendo reconhecida ao legislador infraconstitucional na própria incriminação ou não de certos comportamentos, no que tange ao magno problema de saber se existem ou não obrigações explícitas ou implícitas de construção de tipos legais de delito (cf., apenas, o ac. n.º 377/2015, *Diário da República*, I Série, de 12/8/2015, por ser um aresto paradigmático sobre a tentativa de criminalização do “enri-

quecimento injustificado”). Este não é o lugar adequado para uma análise sequer perfunctória do tema, mas é nossa opinião que valores como a vida, a honra, a integridade física, a liberdade e autodeterminação sexuais, para citar apenas alguns exemplos, configuram, de facto, obrigações de sancionamento pelo Direito Penal dirigidas pelo legislador constitucional ao ordinário. De outro modo, a tutela de tais interesses não estaria completa, nem mesmo a protecção de bens jurídicos, esteio central do nosso ramo de Direito.

em processo penal, *a fortiori* do que já vimos suceder no processo civil, *a substância deve prevalecer sobre a forma*. Por outras palavras: os pressupostos processuais, em geral, de que os atinentes à procedibilidade são um mero espécimen, só podem estar ao serviço da Justiça (do caso concreto) e não ao invés. Se assim não for, é a própria verdade que se não atinge. Dir-se-á: mas esta verdade é intraprocessual, razão pela qual os pressupostos processuais devem ser respeitados. Por certo. Todavia, o modo como configuramos estes últimos e os colocamos ao serviço da concreta resolução do conflito penal não está inscrito na natureza das coisas. Trata-se, por rectas contas – as condições de prosseguibilidade – de uma construção técnico-jurídica ao serviço de algo mais elevado e fundamental e que entronca nas finalidades precípuas do processo penal. Por outras palavras, tal como existe uma relação jurídico-processual civil (que deve a sua origem história a OSKAR VON BÜLOW), o mesmo sucede para qualquer outro ramo de Direito Processual, aliás, em linha com a natural irradiação do processo civil para os demais ramos de Direito adjectivo. Ora, temos dito que a comparação entre ambos autoriza, *a fortiori*, o entendimento mais material que defendemos, o que pode ser visto como erro crasso, tendo em conta a diferente axiologia do processo penal. Porém, se bem vemos as coisas, cremos bem que assim não é. Ou seja: não ignoramos os direitos de defesa do arguido na administração monopolista estadual do *ius puniendi*, fruto histórico da transição para um Estado liberal e protector dos sujeitos processuais, *maxime* do arguido, quanto a um “poder apetitivo” (a expressão é de PAUL ANSELM VON FEUERBACH) de um Estado absolutista e de polícia. Todavia, uma vez mais, temos das condições de procedibilidade da acção penal uma concepção segundo a qual, em hipóteses como as aqui figuradas, elas não podem constituir verdadeiro obstáculo prático à realização da justiça e à obtenção da verdade. Dito de outra forma, o Estado não pode demonstrar-se desleal com o ofendido nos casos em que tudo indiciava uma regularidade da instância

e, mais tarde, fruto da alteração da qualificação jurídica ou dos factos, que não tinha de ser prevista de jeito expedito pelo ofendido, se lhe diga que, por uma questão formal, não mais se pode continuar com o processo. É óbvio que a perspectiva que sustentamos não é compatível com uma *visão maximalizada* dos direitos de defesa do arguido, o que não significa que patrocinemos o que se vai escutando como *vox populi* e como voz autorizada, de que o nosso processo penal é excessivamente garantista para quem enfrenta uma acção criminal. Afirmamos – isso sim – que é essencial encontrar espaços de concordância prática com os direitos do ofendido e as outras finalidades processuais penais. Do mesmo passo, não olvidamos que a função dos pressupostos processuais não é a mesma no domínio civil ou criminal, tanto mais que o nosso não é um processo de partes e sujeito aos ónus probatórios típicos do primeiro. Todavia, tal não significa que, em casos como o exposto, nos surja como razoável admitir que os ponderosos interesses que estão na base da existência de delitos semipúblicos ou particulares *stricto sensu* devam sempre sobrepor-se, constituindo verdadeiras “decisões-surpresa”, como cremos suceder aqui. *Per summa capita*: a bondade que se atribua ou não às preocupações que expressámos e à proposta que avançaremos radica na *concepção mais formalista ou material* que se tenha dos pressupostos processuais no nosso ramo de Direito, e isto – sublinhe-se – não em termos absolutos, mas limitada às concretas hipóteses configuradas.

III. OS ESFORÇOS DA JURISPRUDÊNCIA

Como deixámos assinalado, a questão não é desconhecida da jurisprudência, que lhe vai tentando dar resposta que não é unânime, com o cortejo de inconvenientes conhecidos de falta de segurança e certeza na aplicação do Direito e, numa certa perspectiva, de um cumprimento menos perfeito da igualdade que sempre deve existir entre decisões dos Tribunais confrontados com factuais em tudo similares.

Neste ponto, comece por dizer-se que o problema que desejamos tratar não é o da existência de uma mudança, já com o processo penal em curso, da caracterização de um delito de público para semipúblico ou deste último para particular^[15]. Sobre a matéria existem abundantes decisões no sentido em que tal não obsta à legitimidade do MP para a acção penal, admitindo sim a desistência de queixa (artigo 51.º), em conformidade com as regras gerais da aplicação no tempo da lei adjetiva (artigo 5.º)^[16]. Orientação que subscrevemos *in totum* e que nos parece ir ao encontro do sentido mais material que conferimos aos pressupostos processuais criminais, detectando-se um saudabilíssimo adimplemento pelos nossos Tribunais em alcançar uma justiça também material e que, obviamente não podendo nunca ser *contra legem*, nos conforta na figura tão apreciada do pretor romano.

[15] Claro que em tese são igualmente de figurar as hipóteses em que, por razões político-criminais, se entenda que um crime público deve passar a particular *stricto sensu*. Todavia, como é bem de ver, tais hipóteses serão raríssimas, ante a revolução quase “copernicana” na compreensão do delito em causa que o transforma de um em que basta a aquisição da *notitia criminis* para aquele em que se exige maior impulso processual ao ofendido. Os casos inversos – delitos particulares em sentido amplo que passam a públicos – não levantam dificuldades, porquanto se passa a exigir menos do que até aí se demandava, pelo que dúvidas inexistem sobre a continuidade da regularidade da instância.

[16] Exemplificativamente, cf. o ac. do TRG, de 4/7/2005, Proc. n.º 2247/04 (RICARDO SILVA): «I – Se, quando entra em vigor uma lei que converte um crime de público em semi-público (ou particular), ainda não se iniciou o

procedimento criminal, o início deste passa a ficar dependente da apresentação da queixa; mas se, quando entra em vigor a referida lei, o procedimento criminal já foi iniciado, não é necessária a queixa, mas pode o ofendido extinguir o processo, desistindo do (impedindo o) prosseguimento da acção penal.»; o ac. do TRC de 12/3/2014, Proc. n.º 308/12.2T3AND.C1 (ELISA SALES): «I – A lei nova que altera a natureza do crime, de semi-público para particular, a menos que o processo ainda esteja em fase de inquérito e a acusação pública ainda não tenha sido deduzida, não assume qualquer relevância, por consubstanciar uma alteração de procedimentos que em nada afecta os direitos do arguido – o ofendido manifestou o desejo de perseguição criminal e o MP detinha, quando deduziu acusação, legitimidade para o efeito –, não sendo, por isso, de aplicar ao caso o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do CP. II – Em conformidade, se, no domínio da lei antiga, o crime era semi-público e o MP

requereu, legitimamente, a aplicação de pena ao arguido em processo sumário – requerimento que, nos termos do disposto nos artigos 395.º, n.º 3, e 398.º, ambos do CPP, corresponde materialmente a uma acusação –, sanção que veio a ser imposta por despacho judicial, a entrada em vigor de nova lei, antes do trânsito em julgado daquela decisão, convertendo o ilícito penal em particular, não retira validade e eficácia aos referidos actos processuais.»; e o ac. do TRP de 24/10/2007, Proc. n.º 0742054 (ARTUR OLIVEIRA): «Uma vez iniciado o procedimento por um crime público, a constatação, após o julgamento, de que os factos integram a prática de um crime semi-público não tem qualquer efeito sobre o procedimento iniciado de forma válida, para além de, por ser favorável ao arguido, se admitir a possibilidade de desistência da queixa.».

Já quanto à alteração da qualificação jurídica ou dos factos, em sede do delito de violência doméstica que nos tem servido de exemplo, tendo em conta exactamente, como assinalámos, a relação de concurso aparente intercedente entre este e outros crimes, no que, em última análise, contende também com a matéria do objecto do processo, assiste-se a um meritório esforço da jurisprudência^[17], no sentido de, em hipóteses paralelas à que começámos por apresentar, se impedir a falta de regularidade da instância. Todavia, tanto quanto conhecemos, em todos os casos estava-se perante uma manifestação de vontade do ofendido que havia apresentado queixa (tendo sido este o modo pelo qual o MP adquiriu notícia do crime) e, pelo menos em alguns deles, tinha até existido acompanhamento da acusação pública pelo assistente (artigo 284.º), pelo que destes factos se retira que foi em devido tempo – e de modo inequívoco – manifestada a vontade do ofendido (que até se constituiu assistente) no procedimento criminal. Por outras palavras, o dito ofendido fez mais do que aquilo que processualmente lhe era exigível para a inexistência de dúvidas quanto a uma condição de procedibilidade. Ora, o problema que nos ocupa, sendo próximo,

[17] Também não é o mesmo o problema tratado no ac. do TRG de 25/9/2017, Proc. n.º 505/15.9GAPTL. GI (ARMANDO AZEVEDO), na medida em que neste, ao invés das hipóteses em texto, a ofendida havia deduzido queixa e até acompanhou a acusação pública, pelo que dúvidas inexistem que, como o Tribunal decidiu em julgamento, merecendo os factos diversa qualificação jurídica, nenhuma dúvida se levantava quanto ao preenchimento dos pressupostos processuais: «(...) III) No caso dos autos, os factos considerados provados não são suficientemente desvaliosos por forma a fazerem incorrer [o] seu autor na

perpetração do tipo legal de crime de violência doméstica, integrando antes a perpetração de um crime de menor densidade axiológica, como é o crime de injúria. IV) Não tendo resultado provado, em julgamento, factos susceptíveis de integrar a perpetração de um crime de violência doméstica, o certo é que a ofendida, no tempo próprio, apresentou queixa, constituiu-se assistente e o MP deduziu acusação pela prática de um crime de violência doméstica, acusação esta que a assistente declarou acompanhar, pelo que a esta nada mais lhe era processualmente exigível. V) O crime de injúria constituiu um *minus* relativamente ao imputado crime de

violência doméstica cuja factualidade não se demonstrou em julgamento, pelo que não existe nenhum elemento de surpresa que justifique a atribuição ao arguido de uma maior amplitude de defesa caso se provem, como foi o caso, apenas factos já constantes da acusação susceptíveis de integrar um crime de injúria. E, nessa medida, não há lugar ao cumprimento do disposto no artigo 358.º, n.º 3 do CPP.». Uma nota apenas para manifestar, como escrevemos em brevíssimos traços, que discordamos, *in casu*, da não aplicação do artigo 358.º, n.º 3 (nota 6, *supra*).

é distinto: quando o ofendido, ciente de que até ao momento do julgamento (ou da instrução) – porque assim vinha sendo configurado o objecto processual – nada mais lhe seria razoável exigir que não fosse a normal colaboração nos autos, se vê confrontado com uma desrazoável mudança das “regras do jogo”.

Destarte, para casos como este, sem alteração legislativa, estamos em crer que nada mais pode ser exigido à jurisprudência, que vem actuando, como visto, no limite (mas ainda dentro) da tarefa hermenêutica que a Constituição lhe confia, o que torna inevitável a intervenção do “fazedor das leis”.

IV. ESBOÇO DE UMA PROPOSTA DE IURE CONDENDO

Um sistema processual penal que vai servindo de referente ao Direito continental europeu como o alemão, conhecendo também categorias similares aos nossos delitos públicos, semipúblicos e particulares^[18], não dá outra solução diferente daquela que hoje é oferecida pelo nosso CPP (cf. § 77b – *Antragsfrist* – da *StPO*), o que parece apontar no sentido de a questão não ter sido equacionada ou de – o que é mais crível – o legislador germânico se sentir confortável com a possibilidade de insanabilidade do requisito de procedibilidade.

Que propomos, então? O aditamento de um artigo, sugerindo-se, em termos sistemáticos, que o fosse no título “Do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal” – artigo 50.º-A – com a seguinte redacção (ou similar):

«Artigo 50.º-A (Sanação de falta de legitimidade do Ministério Público)

1 – Quando, em virtude do previsto nos artigos 303.º, 358.º e 359.º, resultar falta de legitimidade do Ministério Público para a acção

[18] Cf. §§ 374, ss. da *StPO* (*Privatklageberechtigte*).

penal, o ofendido é notificado para, em cinco dias, querendo, apresentar queixa e/ou constituir-se assistente, conforme os casos, sendo no acto advertido das consequências processuais daí decorrentes.

2 – Cumpridas as formalidades indicadas no número anterior, a falta de legitimidade considera-se sanada.»

Confessamos que, num primeiro esboço do presente texto, pensámos em acrescentar um outro número com a seguinte redacção: «O ofendido, no mesmo prazo, deduz acusação particular que, todavia, só será recebida após a prolação do despacho a que se refere o artigo 68.º, n.º 4, aplicando-se, com as devidas adaptações, o previsto no artigo 311.º». Todavia, após mais aturada reflexão, concluímos que laborávamos em erro. Na verdade, estando em causa uma mutação na qualificação jurídica ou uma alteração dos factos (substancial ou não), não seria necessária qualquer dedução de acusação particular. Que o não é quanto à mudança do *nomen iuris* do tipo ou tipos legais de delito em causa, é auto-evidente; no que tange à alteração dos factos, o instituto dos artigos 358.º e 359.º consagra já os mecanismos essenciais a que esses novos pedaços da realidade socialmente segregada possam, de jeito válido, ser considerados no mesmo processo, em nada se vislumbrando qualquer diminuição de garantias de defesa do arguido.

Acresce que a referência ao artigo 311.º na pensada proposta também seria desajustada, uma vez que o arguido já teve oportunidade de, querendo, apresentar contestação (artigo 315.º), não se impondo, ademais, qualquer controlo judicial quanto à recepção ou não da acusação, visto que tal já ocorreu (se o problema em estudo se colocar em fase de julgamento^[19]), mantendo-se, pois, uma vez mais, a regularidade da instância também quanto à peça processual que corporiza o *thema decidendum*.

[19] Em instrução, bastará o cumprimento do disposto nos artigos 303.º, n.º 1 e 308.º, n.º 1.

Isto posto, naturalmente que uma disposição deste teor importaria que o artigo 115.º, n.º 1 do CP fosse modificado da seguinte forma: «*Sem prejuízo do disposto no artigo 50.º-A do Código de Processo Penal*^[20], o direito de queixa extingue-se...».

Estamos cientes do risco que se corre quando um académico se aventura no terreno da política legislativa, mas entendemos que essa é também uma das nossas funções, que sempre terá a virtualidade de, mesmo dela se discordando – e podendo obviamente ser melhorada –, suscitar o debate em torno de uma questão que – em nosso juízo – se entende como menos conseguida pelo legislador e que se crê poder contribuir para uma aplicação mais justa do processo penal.

Os traços político-criminais desta proposta já foram *supra* identificados, pelo que para lá remetemos. Em termos de técnica legislativa (que sempre encerra elementos de opção de política criminal, não o escamoteamos), foi nossa preocupação conferir um período curto para que o ofendido supra a falta da condição de procedibilidade, sendo que os cinco dias assinalados seriam o prazo para a redução a escrito da queixa e para o pedido da constituição como assistente. Só assim a celeridade processual não é afectada de jeito intolerável por esta sanção.

Pode, ademais, levantar-se uma dúvida em sede do *princípio da continuidade* da audiência e, sobretudo, da perda da eficácia do material probatório entretanto produzido ou examinado. Daí que o desiderato que nos move importasse, igualmente, uma alteração ao artigo 328.º, n.º 6: «*Sem prejuízo do disposto no artigo 50.º-A, o adiamento não pode exceder trinta dias...*». Dir-se-á que tal conduziria a um atraso em vários processos. Não o negamos; porém, entendemos que este é preferível a uma mera decisão de forma,

[20] Em itálico, o segmento a introduzir na norma.

verdadeira “decisão-surpresa” para o ofendido^[21], devendo prevalecer o “mérito da causa” e a averiguação da verdade dos factos, no essencial já operada em julgamento até esta altura. Se assim não fosse, então nunca o tribunal estaria em condições de concluir pela existência de uma alteração da qualificação jurídica ou dos factos (substancial ou não). A escolha faz-se, portanto, entre uma *visão excessivamente formalista e rígida do processo penal* ou uma outra – que preferimos – de índole *mais material e aberta à consecução da justiça também material*.

V. ANTECIPAÇÃO DE POSSÍVEIS CRÍTICAS E TENTATIVA DE RESPOSTA

Várias serão, por certo, as objecções que se podem dirigir a esta proposta *de iure condendo*, sem que, como é evidente – caso contrário não a faríamos –, não estejamos convencidos da sua bondade. Uma advertência ao potencial leitor: o que se dirá de seguida deve ser conjugado com o entendimento que expendemos sobre a perspectiva que temos do que deve ser uma condição de procedibilidade criminal, dado que aí fomos também avançando já contra-argumentos às observações críticas que sempre existirão.

Uma primeira observação contenderia com o modelo processual imposto pelo artigo 32.º, n.º 5 da Constituição. Poderíamos estar perante uma norma que atentaria contra uma estrutura

[21] Proibidas pelo princípio do contraditório com assento constitucional (artigo 32.º, n.º 5) e afloramentos no CPP (cf. artigos 82.º-A, n.º 2, 139.º, n.º 3, 165.º, n.º 2, 289.º, 298.º, 321.º, n.º 3, 322.º, n.º 2, 323.º, alínea f), 301.º, n.º 2, 327.º, 347.º-A, n.º 1, 387.º, n.º 6), para além de sempre ser possível, visto até *por maioria de razão* (no processo penal) com os seus princípios basilares

ser compatível aplicar-se o artigo 3.º, n.º 3 do CPC, *ex vi* do artigo 4.º. Como se lê no ac. do TRC de 17/3/2009, Proc. n.º 63/07.8SAGR.D.CI (JORGE RAPOSO): «[o princípio do contraditório] significa que “nenhuma prova deve ser aceite em audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e

efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar. No que respeita especificamente à produção de provas, o princípio exige que toda a prova deva ser, por regra, produzida em audiência pública e segundo um procedimento adversarial».

eminentemente acusatória, por, na prática, se tratar de uma limitação de direitos do arguido, aspecto também central quando se analisa a questão dos modelos processuais. Não poderíamos estar mais em desacordo, conjugando-se com o que alinhamos já *supra*. O facto de se admitir que o ofendido possa suprir a falta de um pressuposto processual para cuja existência não concorreu, como vimos, não redundava numa diminuição de garantias para o arguido. Dito de outro modo: claro que se a norma proposta viesse a ser adoptada, existiriam menos absolvições apenas e tão-só baseadas em questões formais. Ora, a pergunta que deve ser colocada é a de saber se tal se constitui num verdadeiro direito (subjectivo) do arguido. Para nós, a resposta é negativa. Que o arguido tenha na prescrição ou em outros obstáculos negativos à punição um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, visto que na sua base há um interesse digno de tutela constitucional, parece-nos indisputado. Simplesmente, não é nada disso que acontece nas hipóteses de que aqui curamos. O arguido beneficia de uma decisão absolutória quando toda a prova produzida até ao momento da comunicação da mudança da qualificação jurídica ou da alteração dos factos vai no sentido de que o mesmo cometeu, de facto, o crime (ou ilícito-típico) de que vem acusado ou pronunciado, pelo que *se não divisa sequer qualquer expectativa digna de protecção legal* que lhe pudesse assistir. Por outro lado, o nosso sistema conhece também, como se sabe, um *princípio de investigação judicial*^[22] (relativo à prova), verdadeira marca de um inquisitório, ainda que mitigado. A solução que vimos de oferecer – não o escamoteamos – reforça esse mesmo princípio, na medida em que coloca nas mãos do julgador um papel mais activo e orientado à regularização da instância que, como também houve ocasião de assinalar, se arvora em tendência

[22] Entre muitos, sobre ele, *vide*
PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições...*,
p. 204-205.

crescente, *v. g.*, no processo civil. Esse princípio existe porquanto *se não pretendeu um modelo acusatório puro* de jaez norte-americano, caldeando as suas desvantagens com esta busca da verdade para a qual o juiz *pode e deve* contribuir *ex officio*.

Donde, não se encontra qualquer obstáculo constitucional em sede do modelo processual com a proposta aventada. Bem pelo contrário: para além de reforçar o que temos por um *essencialíssimo complemento ou corrector às agruras de um acusatório puro*, reforça-se a concepção de que *o nosso sistema processual criminal não é de partes*, mas de sujeitos processuais, em que o MP não defende uma acusação ou pronúncia a todo o custo e não deve investigar *à charge et à décharge* (cf. artigo 219.º da CRP). Na verdade, a situação que se vive neste momento, com a actual regulamentação, deixa o ofendido desprotegido quanto à natural formação e conformação do objecto processual – qual plasticina –, sem que ao mesmo seja imputável o não preenchimento de um ónus, porque *com o mesmo não tinha razoavelmente de contar*. De facto, exigir-lhe mais seria, por rectas contas, transformar o ofendido numa espécie de ser omnisciente e que deveria configurar todas as perspectivas factuais (e jurídicas) possíveis quando o feito é introduzido em julgamento, o que é não só constitucionalmente desproporcionado, como nega a tutela jurisdicional efectiva e os princípios de certeza e segurança que se retiram do Estado de Direito material (artigos 1.º e 2.º), arrimos para a proibição das “decisões-surpresa”.

Entendemos que o núcleo fundamental da negação de um verdadeiro processo de partes é igualmente integrado por normas e princípios como os sugeridos, em que existe uma protecção do ofendido quanto a meros formalismos processuais que só redundam contra si por circunstâncias com as quais não tem razoavelmente de contar. Se quisermos fazer o paralelo com o próprio CPP, existem já mecanismos em que, mesmo quando o ofendido não manifesta vontade processual num dado sentido, o MP, quando

entenda que tal é no interesse do ofendido, como que se sub-roga a este na sua potencial actuação (v. g., o artigo 82.º-A, em sede de dedução do pedido de indemnização civil, o artigo 16.º, n.º 2 do Estatuto da Vítima (publicado em anexo à Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro), que remete para aquele comando legal e, em Direito anterior, relacionado com o delito de violência doméstica, ainda que o mesmo fosse semipúblico, admitia-se que o MP desse seguimento à acção penal quando considerasse que assim deporia o interesse da vítima – artigo 152.º, n.º 2, 2.ª parte do CP, na redacção dada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro). Aqui temos alguns exemplos de marcas em que o MP – e bem – se assume como guardião da legalidade, actuando orientado por critérios de objectividade e mesmo de protecção daqueles que, estatisticamente falando, são mais fracos na relação jurídico-processual penal. É esta também uma das suas funções – uma das mais nobres, em nosso juízo – e que marca indelevelmente um MP de tradição napoleónica como é o nosso. Mais: assim se demonstraria, ainda mais à saciedade, que o órgão do Estado encarregado da investigação criminal não é uma verdadeira parte, contribuindo activamente para a descoberta da verdade e consequente pacificação social. Em resumo, não só a solução proposta confere ao ofendido uma *protecção justificada* e, por isso, não desproporcionada ou discriminatória, como se insere numa linha de continuidade com a caracterização de um processo, como o nosso, *de sujeitos* e não *de partes*, não sendo inovador, na estrutura já conhecida, que, por razões de justiça material, aspectos como a legitimidade sejam ultrapassados ou até se possa falar em uma verdadeira *legitimidade extraordinária*, como no caso do artigo 82.º-A. Sublinhe-se que não vamos tão longe, uma vez que quem teria de demonstrar vontade no processo para a prossecução criminal pelos delitos configurados pelo tribunal na sequência da alteração da qualificação ou dos factos seria sempre e apenas o próprio ofendido, enquanto titular do bem jurídico, não se prevendo qualquer auxílio do MP.

Ainda no plano do Direito constituído, a recente Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, que, de entre outros aspectos, introduziu nova redacção ao crime de branqueamento, em particular ao n.º 5, do artigo 368.º-A do CP – sem cuidar aqui de discutir da sua bondade político-criminal^[23] –, passa a admitir a punição pelo delito em causa ainda que as *predicate offenses*, constituindo crimes semi-públicos (ou particulares) exigissem a apresentação de queixa. É certo que estamos em face de um “delito compósito ou de segundo grau”^[24], que só existe se e na medida em que tenha havido um crime precedente, todavia, não deixa de ser importante para a linha argumentativa que vimos desenvolvendo notar que, quando particulares exigências de política criminal se impõem (financiamento do terrorismo e criar obstáculos à boa administração da justiça), é o próprio legislador que dispensa a regularidade da instância, isentando o delito da observância do que seriam indispensáveis pressupostos processuais. Significa isto que há já no nosso ordenamento uma abertura no sentido da visão mais material a que vimos aludindo quanto às ditas condições de procedibilidade, o que depõe a favor de que a solução proposta não seria caso único e, mais ainda, com a mesma dignidade que as hipóteses tratadas no artigo 368.º-A do CP. Até se diria – sem grande margem para erro – que o problema que nos ocupa ocorre muito mais amiúde que as hipóteses de branqueamento.

Ultrapassadas que julgamos estarem as objecções atinentes ao modelo processual penal e a um suposto entorse nos direitos de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º 1 da CRP), poder-se-á obtemperar

[23] Que não encontra paralelo, p. ex., no Direito Penal alemão (cf. o § 261 do StGB – *Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögen swerte*), mesmo na sequência da transposição das Directivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do

Conselho, de 20 de Maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016.

[24] Sobre o tema, entre tantos, vide o nosso «Do crime antecedente e do delito de branqueamento prati-

cado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», in: JOSÉ NEVES CRUZ/ CARLA CARDOSO/ANDRÉ LAMAS LEITE (coords.), *Infrações económicas e financeiras. Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 461-477.

com uma excessiva protecção do ofendido. Não perderemos muito tempo com esta observação, uma vez que ela entronca com o já argumentado. Recorde-se que estamos em face de hipóteses em que, nas fases preliminares do processo criminal, era perfeitamente válido e expectável que a caracterização do ou dos delitos em causa se fizesse da forma então delimitada na acusação ou na pronúncia, resultando a sua alteração à luz do princípio da oficialidade da normal dinâmica contraditória da audiência de julgamento. O que existe – isso sim – é uma *injustificada desprotecção do ofendido*, que se vê na contingência de enfrentar a absolvição do arguido, quando a prova reunida até ao julgamento e, sobretudo, aquela aí já produzida, tendo em conta o artigo 355.º, apontava toda num sentido diametralmente oposto. De novo a crítica da inadmissibilidade de “decisões-surpresa” em processo penal – de que o próprio regime dos artigos 358.º e 359.º é um afloramento – e os ensinamentos da Vitimologia^[25], no sentido em que uma não prossecução pelos fundamentos em causa conduz, por certo, a *processos de vitimização do ofendido* aos quais o sistema não deve ficar indiferente. Sobretudo em um tempo como o nosso em que o “discurso vitimológico” e a lógica binária Estado-arguido vem sendo substituída, há já algumas décadas, por uma relação triangular Estado-arguido-vítima^[26 27], que acaba por conhecer – até agora – o seu zénite no reconhecimento da “vítima” como verdadeiro sujeito processual – artigo 67.º-A e o já referido Estatuto da Vítima. Mesmo atendendo a este

[25] De entre um conjunto amplo de escritos em que os penalistas lusos bem conhecem estas preocupações, veja-se AUGUSTO SILVA DIAS, «A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português», in: MARIA FERNANDA PALMA (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 55-65.

[26] A que o legislador faz expressa referência na violência doméstica – artigo 22.º da já citada Lei n.º 112/2009.

[27] Trata-se de matéria que nos vem ocupando e sobre a qual podem ver-se *A mediação penal de adultos em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*, «Justiça prêt-à-porter: alternatividade ou complementaridade

da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», in: *Revista do Ministério Público*, 117 (2009), p. 85-126, e «Uma leitura humanista da mediação penal: em especial, a mediação pós-sentencial», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 11 (2014), p. 9-28.

último diploma, o seu artigo 11.º (direito à informação) parece inculcar, a manter-se o *status quo*, que o ofendido seja informado, sobretudo em crimes em que, pela sua própria natureza, os institutos dos artigos 358.º e 359.º mais facilmente ocorram, que o mais providente é apresentar queixa-crime e constituir-se assistente, ainda que estejamos perante um crime público. Donde, a alteração proposta vai também no sentido de obviar à prática de actos deste tipo que, sendo processualmente válidos, não são de todo exigíveis para a regularidade da instância, por se tratarem de delitos em que, tal como configurados até ao encerramento do inquérito ou da instrução, poderiam ser perseguidos pelo MP sem qualquer concurso do ofendido em sede de pressupostos processuais. Por outras palavras, a manter-se tudo como está, existe um incentivo – a que o mandatário judicial não deve deixar de estar atento – a que acabem por se multiplicar formas de preenchimento de condições de procedibilidade como a queixa quando, de facto, a natureza do crime em sede do princípio da oficialidade não o exigiria. É, assim, uma espécie de reforço contrafáctico da vontade de perseguição criminal do arguido que, não sendo o nosso processo de *vindicta* privada, não a incentivando, como é óbvio, acaba por induzir a que, por cautela, se pratiquem actos que, em rigor, não seriam necessários.

Uma outra objecção previsível – já perfunctoriamente anunciada – contende com a necessidade de alterar a disciplina relativa ao princípio da continuidade da audiência (artigo 328.º), verdadeiro constituinte do *princípio da oralidade e imediação* em processo penal (relativo à forma), no sentido em que se introduz uma entorse a esse importante componente. Antes de mais, diga-se que o inciso em causa tem sido objecto de alterações legislativas, sendo que a última, operada pela Lei n.º 27/2015, de 14 de Abril, vai no sentido de flexibilizar a regra da continuidade, que hoje não é um princípio absoluto, fruto da introdução da 2.ª parte do n.º 6 do dito

artigo 328.º, bem como da clarificação operada pelo n.º 7, de que, como regra, o prazo de trinta dias não corre em férias. E isto sucedeu ante a verificação, sobretudo em “processos mediáticos”, que, de modo a obviar à perda da eficácia da prova entretanto produzida ou examinada em julgamento, se não assistisse à marcação de datas de sessões, sobretudo em período de férias judiciais, com o único desiderato de, formalmente, ter existido a dita sessão, sem que se realizasse qualquer acto materialmente processual ou, no máximo, os sujeitos processuais, *maxime* os arguidos, apresentassem requerimentos a serem decididos na sessão ou cuja decisão se relegava para momento ulterior. Não está em causa a bondade do princípio da continuidade^[28], garantia de que o ou os julgadores têm presente toda a prova que foi produzida ou examinada, conhecida de há muito da Psicologia a tendência da memória humana ao esquecimento de aspectos comportamentais sobretudo não verbais. Porém, seria farisaico negar que a documentação da audiência, através da gravação da prova e a expectável aplicação à justiça penal de tecnologias de informação mais avançadas – o que, a título experimental, já vai ocorrendo em processos de especial complexidade, atendendo ao enorme volume de material probatório recolhido nas fases de inquérito ou instrução ou ao elevado número de sujeitos e intervenientes processuais –, sendo nosso parecer que as sessões de julgamento deveriam passar a ser gravadas em imagem e não somente em som (algo já hoje permitido em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido

[28] E mesmo tendo em conta, como decidido no acórdão uniformizador n.º 11/2008 (Proc. n.º 4822/07-3, SANTOS CABRAL, *Diário da República*, I Série, de 11/12/2008), que «[n]os termos do artigo 328.º, n.º 6, do Código de Processo Penal, o adiamento da audiência de julgamento por prazo superior a 30 dias implica a perda de eficácia da prova

produzida com sujeição ao princípio da imediação. Tal perda de eficácia ocorre independentemente da existência de documentação a que alude o artigo 363.º do mesmo diploma.». Discordamos do sentido deste aresto, no essencial pelas razões aduzidas nos votos de vencido de MAIA COSTA, CARMONA DA MOTA, RAUL BORGES, SIMAS

SANTOS e ARMÉNIO SOTTOMAYOR. Em sentido crítico quanto à alteração legislativa, ao contrário do que manifestamos em texto, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A centralidade do julgamento na economia do processo», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 28, 1 (2018), p. 54-59.

– artigo 141.º, n.º 7^[29]) –, não tem vindo a diminuir as preocupações insitas ao legislador temporalmente colocado em 1988. Para além disto, o prazo muito curto atribuído ao ofendido para sanar a falta do pressuposto processual em apreço não pode conduzir – cremos –, com razoabilidade, a que se defenda que o regime proposto atrasa o julgamento de modo excessivo. Donde, na verdade, a alteração que propomos ao artigo 328.º até poderia nem acontecer, em função da assinalada abertura do princípio, sendo que outra técnica legislativa seria aditar o que passaria a ser o artigo 50.º-A ao conjunto de aspectos já hoje constantes do n.º 7 do artigo 328.º

Por certo outras críticas haverá, sendo este artigo um modesto contributo a fim de suscitar o debate em torno de um entendimento das condições de procedibilidade da acção penal em sentido verdadeiramente material e mais conforme com a justiça do caso concreto, em obediência a um mais conseguido Estado de Direito, em eterno equilíbrio periclitante no Direito Processual Penal. Ou, nas palavras de SOUTO DE MOURA^[30], “estamos (...) perante (...) o trinómio garantias, eficácia e realismo. Se falha uma destas linhas de força, falha o Estado de Direito, ou falha a própria política criminal.”

[29] E aí, mediante o silêncio da lei, não se exigindo sequer o acordo dos sujeitos processuais envolvidos, embora, tanto quanto seja do nosso conhecimento, seja habitual fazê-lo, ficando o mesmo a constar da acta da diligência. Repare-se que estamos em face de um simples meio de documentação de um acto processual, não destinado a fins outros que não sejam intraprocessuais, motivo pelo qual se não pode, em nosso juízo, invocar qualquer figura de exigência de consentimento ou acordo, visto que não se viola o direito à imagem e à palavra dos sujeitos intervenientes. Se assim fosse, então também teríamos, no rigor dos princípios, de passar a exi-

gir essa “autorização” a todos quantos intervêm em julgamento, o que é manifestamente descabido. Ante o valor da boa realização da justiça e um em abstracto equacionável direito à palavra e à imagem – que para nós nem sequer está em causa, tal é a força expansiva do primeiro interesse apontado –, dúvidas se não nos oferecem que quando a lei, no caso do artigo 141.º, n.º 7 até estabelece que a recolha de imagem (e som) seja o mecanismo de reprodução da diligência que deve ter primazia, se venha invocar qualquer nulidade do acto por ausência de consentimento. A sobredita “praxe judiciária”, a existir, justifica-se somente por um excesso

de zelo e pela tentativa de conter ao máximo a arguição de nulidades que, a nosso ver, de todo inexistem. Se esse material probatório é depois exibido publicamente – como a realidade recente portuguesa já demonstrou –, esse é todo um outro assunto e, na verdade, está sancionado como crime (cf. artigo 88.º, n.º 2, al. b)).

[30] «A protecção dos direitos fundamentais no processo penal», in: MANUEL GUEDES VALENTE (COORD.), *I Congresso de Processo Penal. Memórias*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 51.